



הכנסת
ועדת החוקה, חוק ומשפט

סימוכין : 2023-002468
ירושלים, י"ח בטבת תשפ"ג
11 בינואר 2023

לכבוד
חברי הוועדה

שלום רב,

הנדון : מצע לדיון והצעת נוסח תיקון לחוק-יסוד : הממשלה מטעם יו"ר הוועדה

בהמשך לבקשות חברי הוועדה שעלו במהלך ישיבת הוועדה הבוקר, ולאחריה, מצ"ב מצע לדיון והצעת נוסח ראשונית לתיקון חוק-יסוד : הממשלה, לקראת ישיבת הוועדה ביום שני כ"ג בטבת התשפ"ג, 16 בינואר 2023.

המצע לדיון וטיטוט הנסח מוצעים מטעם יושב-ראש הוועדה.

יושב-ראש הוועדה ביקש להדגיש כי בהתאם למה שנאמר על-ידו היום בדיון, בכוונתו לקיים בוועדה דיון פתוח, מקיף ויסודי במסגרת הליך העבודה "ציון במשפט תיפדה" ומיד עם קבלת הפנייה בקשר לסדרי הדיון מצדו של חה"כ גלעד קריב ומצד החברים האחרים, נשקל העניין במלוא הרצינות. כמו במקרה זה, כל בקשה או הצעה שיש בהן לייעל את הדיון ולאפשר לחברי הוועדה ולחברי הכנסת להתייחס לסוגיות היסוד הנדונות בוועדה, תישמע ותישקל בלב פתוח ובנפש חפצה.

בהקדם האפשרי, יועברו לחברי הוועדה גם הצעת נוסח ומצע לדיון בסוגיות הנוגעות לחוק יסוד : השפיטה.

בימים האחרונים, צוות עובדי הוועדה פונה ומזמין בעלי תפקידים שכיהנו בעבר במערכת המשפטית. חברי ועדה המעוניינים כי במהלך דיוני הוועדה תישמע עמדתו של מומחה מהאקדמיה או מהחברה האזרחית, שטרם הוזמן, מתבקשים להעביר את הצעותיהם למזכירות הוועדה בהקדם.

בברכה,

איל קופמן
מנהל הוועדה



הכנסת
ועדת החוקה, חוק ומשפט

נוסח לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט – סמכויות הייעוץ והייצוג של היועץ המשפטי לממשלה

הצעת חוק יסוד: הממשלה (תיקון – סמכויות הממשלה בענייניה המשפטיים), התשפ"ג-2023

הוספת סעיף 32א 1. בחוק יסוד: הממשלה, לאחר סעיף 32 יבוא:
"32א.

- "סמכויות
הממשלה
בענייניה
המשפטיים"
- 32א. (א) הממשלה מוסמכת לקבוע את עמדתה המשפטית דרך כלל או למקרה מסוים.
- (ב) ראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה, מוסמכים לקבוע את עמדת משרדם או הרשויות המנהליות הנתונות לאחריותם בנושאים משפטיים, דרך כלל או למקרה מסוים.
- (ג) עצה משפטית שתינתן לממשלה לא תחייב אותה ולא יהיה בה כדי לשנות את המצב המשפטי עבודה.
- (ד) עצה משפטית שתינתן לראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה, לא תחייב אותם, ולא יהיה בה כדי לשנות את המצב המשפטי עבורם.
- (ה) הממשלה, ראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה, רשאים לדחות את העצה המשפטית ולפעול בניגוד לה.
- (ו) הממשלה, ראש הממשלה וכל שר בתחומי משרדו, יקבעו את העמדה שתוצג בשם, או בשם רשות מנהלית הנתונה לאחריותם, בפני כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין.
- (ז) הממשלה, ראש הממשלה וכל שר בתחומי משרדו, רשאים לקבוע לפי שיקול דעתם כי עמדתם, או עמדת רשות מנהלית הנתונה לאחריותם, בהליך מסוים, תיוצג בפני כל מי שבידו סמכות שפיטה על פי דין בידי מייצג לפי בחירתם, לרבות ייצוג בידי עורך דין פרטי.



הכנסת
ועדת החוקה, חוק ומשפט

מצע לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט – סמכויות הייעוץ והייצוג של היועץ המשפטי לממשלה

בישיבותיה הקרובות, הוועדה תדון בהצעות החוק העוסקות במעמדו של מערך הייעוץ המשפטי לממשלה והעומד בראשו, וסמכויותיו בתחום הייעוץ והייצוג. לקראת הדיונים, מובא להלן מצע לדיון, המסכם את המצב החוקי הקיים בסוגיה; את הנקודות העמומות שבו; והבעיות שהוא מעורר.

1. סמכויות הייעוץ והייצוג של היועמ"ש – סקירה כללית

עיקרון-העל של המשפט המנהלי הוא עיקרון החוקיות שלפיו רשות ציבורית מוסמכת לפעול רק בגדרי הסמכות שהוקנתה לה בחוק. אולם סמכויות היועץ המשפטי לממשלה בתחומי הייעוץ וייצוג הממשלה בתחומי המשפט המנהלי והחוקתי מעולם לא עוגנו בחקיקה באופן ממצה. חרף זאת עמדת היועמ"ש, המבוססת על אמרות-אגב בפסיקה, היא כי פרשנותו לחוק מחייבת את הממשלה, וכי בסמכותו למנוע מהממשלה לקבל ייצוג נפרד גם כשהוא מסרב לייצג את עמדתה.

סוגיית מעמדו של היועמ"ש זכתה להתייחסות ראשונה כבר בוועדת המשפטים בדבר מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה בראשות השופט אגרנט, בשנת 1962. דו"ח אמנם התמקד בסמכויות התביעה, אולם הוקדשה בו התייחסות מצומצמת גם לסמכות היועץ כמייעץ בעניינים שאינם פליליים. נקבע כי ראוי שהממשלה תתייחס ברצינות לחוות דעת היועמ"ש כמשקפת את הדין הקיים, לשם שמירה על הסדר הטוב במדינה, אולם בניגוד לשאר רשויות המנהל "רשאית הממשלה, תוך צאתה מן ההנחה האמורה, להחליט כיצד עליה לפעול במקרה מסוים, לפי שיקול דעתה שלה". דהיינו, נקבע בדו"ח במפורש כי הממשלה לא כפופה ליועמ"ש, ויש לה חופש פעולה מלא כל עוד לא פסק בימ"ש אחרת. דו"ח ועדת אגרנט אומץ בהחלטת ממשלה מיום 28.10.1962.

בניגוד גמור לאמור בו, הפך דו"ח ועדת אגרנט ליתד שבו נתלתה הגישה שלפיה עמדת היועמ"ש מחייבת את הממשלה. בפרשות דרעי ופנחסי שנדונו בבית המשפט העליון בשנת 1993, דו"ח ועדת אגרנט אוזכר כמקור לשני העקרונות המנחים בפסיקה באשר לסמכויות הייעוץ והייצוג של היועמ"ש: הראשון, שהיועץ המשפטי לממשלה מוחזק כפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת; והשני, כי ליועמ"ש סמכות ייצוג בלעדית בבית המשפט, הן במובן של הסמכות הבלעדית לייצג את הממשלה, והן במובן של קביעת העמדה שתוצג על ידו בבית המשפט. בהקשר זה יש לציין שתי נקודות חשובות: הראשונה, כי נוכח עלת הסבירות "המהותית" שהתקבלה בפסיקה, סמכויות אלה הקנו ליועמ"ש כוח להתערב כמעט בכל סוגיה, וגם בנושאים שאינם חד משמעיים וברורים מבחינה חוקית; והשנייה, כי דברים אלה עמדו בניגוד לנאמר בסעיף 10 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, אשר החרג הליכים מנהליים בבג"ץ מסמכות הייצוג הבלעדי של היועמ"ש, וזאת ברחל בתך הקטנה.

בשנת 1997 הוקמה ועדת שמגר שעיקר מטרתה היה לדון בדרכי המינוי של היועמ"ש. הוועדה הרחיבה את היריעה ודנה גם בסמכויותיו וניסתה ליישב בין האמור בדו"ח ועדת אגרנט לבין אמרות-אגב בעניין דרעי ופנחסי. ביחס לסוגיית העמדה המחייבת הניסוח בדו"ח הוועדה מעורפל, אולם נקבע בו כי "מבחינת הכללים החוקתיים המנחים צריך להזכיר כי לרשות רשמית, כמו לכל אדם, הזכות להיות מיוצגת על ידי עורך דין שיפרוש את עמדתה בפני בית המשפט בצורה המשכנעת ביותר שהדין והאתיקה מאפשרים". בניגוד לדו"ח ועדת אגרנט, חלקים אלה שבדו"ח ועדת שמגר לא עוגנו בהחלטת ממשלה.

בפסקי הדין שניתנו בבית המשפט העליון מאז, שוררת עמימות מסוימת בשאלת מעמדה המחייב של חוות-דעת היועמ"ש, וכן שאלת מונופול הייצוג שבידו. חלק גדול מפסקי הדין משקף את הגישה שתיארנו, שלפיה היועמ"ש מחזיק בסמכות להורות לממשלה כיצד לפעול, וכי על הממשלה לציית להוראותיו. כמו כן, לפי גישות אלה, ליועמ"ש



הכנסת

ועדת החוקה, חוק ומשפט

מונופול על ייצוג המדינה בערכאות, והוא מוסמך למנוע מהממשלה ייצוג פרטי. כך לדוגמה בפסק דין **לביא** משנת 2008, הנשיאה בנייש אימצה את הגישה שלפיה עמדת היועמ"ש מחייבת את הממשלה באופן נחרץ וחד-משמעי, תוך שלילה ברורה של הגישות החולקות.

מנגד, קיימות עמדות אחרות בפסיקה, שלפיהן אין מדובר בהלכה מבוססת של בית המשפט העליון אלא באמרות אגב. בפסקי הדין **שי גיני ותנובה**, השופטים סולברג ושטיין הביעו את העמדה שלפיה יש לאפשר לרשויות המנהליות ייצוג אפקטיבי במקרה שהיועמ"ש מסרב להגן על עמדתן. בנוסף, בעניין **אמיתי** השני, השופט שטיין התייחס לסוגיית בלעדיות הייצוג וקבע כי לא מדובר בתקדים מחייב, וכן כי חלה על היועמ"ש **חובה** לאפשר לרשות המנהלית לקבל ייצוג על ידי עורך-דין: "**היועץ ונציגיו אינם חייבים אמנם לטעון לטובת ההחלטה השלטונית שבחוקיותה אינם מאמינים, אך הם חייבים לדאוג לכך שהרשות שקיבלה את ההחלטה, ושדעתה בעניינה איננה כדעת היועץ, תקבל ייצוג אפקטיבי על ידי עורך דין אחר, אשר יגן על ההחלטה בבית המשפט.**"

לסיכום, סמכויות היועמ"ש בתחום הייעוץ והייצוג בתחום המשפט הציבורי מעולם לא עוגנו בחקיקה, למרות שיש להן השלכה כבדת משקל על שיטת הממשל בישראל. גם בקרב שופטי בית המשפט העליון עצמם לא ניתן למצוא אחידות באשר לשאלת המצב המשפטי המחייב בסוגיה. לבסוף, מעולם לא נערך בכנסת דיון ממצה בנוגע לדין הראוי בעניין.

יוער כי רק לאחרונה, בפרשת **האקדח על שולחן המטבח**, סירב היועמ"ש לייצג את עמדתו של השר לביטחון פנים דאז, אמיר אוחנה, ואף סירב לאפשר לו ייצוג נפרד. באותו העניין, שופטי ההרכב בבית המשפט גם הם סירבו לבקשתו של השר אוחנה לייצוג פרטי. אירוע זה מחדד כי הבעייתיות שקיימת בסוגיה זו, ושתיקתו של החוק לגביה, רלבנטיים מתמיד.

2. הבעיות במצב הקיים

הבעיה הראשית והמרכזית שקיימת בסוגיה, היא שאין כל מקור חוקי לגישת הייעוץ המחייב ומונופול הייצוג. מדובר ביצירה שיפוטית חדשנית, גם לשיטתם של הגורסים כי נקבעה בעניין הלכה מחייבת של בית המשפט העליון. אולם מעבר לכך, קיימות בעיות מהותיות רבות בגישת העמדה המחייבת ומונופול הייצוג במתכונתם הנוכחית.

- א. **ראשית**, גישה זו פוגעת בזכות להליך הוגן במובנה הבסיסי ביותר, שהרי לאחרון העבריינים מגיע, ובצדק, ייצוג משפטי; ורק את הציבור ונבחריו אין מי שייצג מקום שהיועץ המשפטי לממשלה מציגה עמדה אחרת או מייצגת אותם בשפה רפה ולפעמים חתרנית.
- ב. **שנית**, גישה זו מגלמת פגיעה בהליך הדמוקרטי, שהרי רצון הציבור לממש את מטרותיו באמצעות נבחריו הציבור, מסוכל על ידי משפטנים שהציבור לא בחר. בעייתיות זו מתעצמת כפליים בשיטת המשפט הישראלית, שבה סוגיות משפטיות אינן חד משמעיות ותלויות מאד בשיקול דעת. בכך, שאלות משפטיות נושקות לשאלות ערכיות טהורות, באופן שמאפשר ליועמ"ש לתעדף ערכים השונים מאלה שעבורם נבחרו נציגי הציבור, לפי אמונותיו ותפיסותיו האישיות.
- ג. **שלישית**, גישה זו פוגעת במשילות, מאחר שיועצים משפטיים מעכבים ובולמים תהליכים, ומונעים מהממשל לתפקד ולהוציא לפועל את מדיניותו שביגנה נבחר ושעל בסיסה עמד לבחירת הציבור.
- ד. **רביעית**, נוצרת פגיעה באחריותיות הציבורית הממשלתית, מאחר שהיועץ שמונע יוזמה ממשלתית לא נושא באחריות לכישלון השר ביעדי משרדו; ואילו השר שנכשל מגלגל מעליו, בשל התערבות היועץ, הן את אחריותו להשגת יעדי משרדו והן את אחריותו לשמירת החוק.



הכנסת
ועדת החוקה, חוק ומשפט

ה. **וחמישית**, גישה זו מגלמת פגיעה באחריותיות הציבורית של בית המשפט. בימ"ש נושא באחריות הציבורית למעשיו כשהוא נותן צו נגד הממשלה. לעומת זאת, היועמ"ש, הנותן הנחיה בשל פרשנות של בית המשפט לפסק דין, מסיר כל אחריות מכתפיו של בית המשפט לאותה פסיקה.

3. יתרונות המצב הקיים

לצד חסרונותיה הרבים והעמוקים, למצב הקיים מספר יתרונות.

- א. **ראשית**, היתרון המרכזי שבגישת מונופול הייצוג, הוא אחידות העמדה המשפטית המוצגת על ידי הממשלה, כך שהממשלה "מדברת בקול אחד".
- ב. **שנית**, אם כל משרד יקבל ייצוג באופן עצמאי, בית המשפט יהפוך להיות הגורם המכריע בסכסוכים שיתגלעו בין המשרדים, במקום הממשלה או ראש הממשלה. מצב זה אינו רצוי. מונופול הייצוג מונע תרחיש זה, ומאפשר לממשלה להיות הגורם המתכלל של העמדות השונות בקרב זרועותיה.
- ג. **שלישית**, הגישה שלפיה עמדת היועמ"ש מחייבת את זרועות הממשלה השונות, מביאה לאחידות משפטית בהתנהלותן. מצב שבו כל רשות וכל משרד פועלים באופן שונה ונפרד בשאלות משפטיות שונות הוא בלתי רצוי, ועלול לגרום לכאוס משפטי וחוסר קוהרנטיות במדיניות הרשות המבצעת. בחלק מהמקרים, נדרש שיתוף פעולה בין רשויות ומשרדים, וביזור הייעוץ המשפטי לממשלה עלול להביא לחוסר תפקוד של המשרדים השונים בגין מחלוקות משפטיות בין היועצים המשפטיים השונים.
- ד. **ורביעית**, יש המצביעים על כך שריבוי עמדות בפני בית המשפט יסרב לויפגע ביעילותם של ההליכים השיפוטיים.

4. סקירה השוואתית

ככל שידוע, גישת הייעוץ המחייב ומונופול הייצוג הנהוגים בישראל חריגים ואף **בלעדיים** בקנה מידה עולמי. כפי שמתאר ד"ר איתן לבונטין "אין כדבר הזה, למיטב ידיעתי, בשום מקום אחר. הדין בישראל אינו בגדר דעת-מיעוט אלא בגדר דעת-יחיד, ודומני כי תהום – ולא רק מחלוקת – פעורה בינו לבין הדין בכל ארץ בת-השוואה".

לשם הדוגמה, במדינות בריטניה, ארצות-הברית, קנדה וגרמניה, היועמ"ש – או נושא התפקיד המקביל לו – הוא תפקיד פוליטי הדומה לשר, ובחלק מהמדינות שר בממשלה ממש. כמו כן, אין בכוחו לחייב את הממשלה בעמדותיו; הממשלה רשאית לפעול בניגוד לעמדתו; בסמכות הממשלה להכתיב ליועמ"ש את העמדה שאותה יציג בשם בערכאות; וחל עליו איסור ליזום חוות דעת בהעדר פנייה ממשלתית.

לשם הנוחיות, מצורפת טבלה המתארת את מקומו של מוסד היועמ"ש בישראל, על מאפייניו החריגים, כנגד מדינות מערביות בולטות:

| ישראל | גרמניה | קנדה | בריטניה | ארה"ב | |
|-------|--------|------|---------|-------|--|
| X | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | האם היועץ המשפטי לממשלה הוא תפקיד פוליטי? |
| X | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | האם הנשיא/ממשלה רשאים לפעול נגד עמדת היועץ? |
| X | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | האם הנשיא/ממשלה רשאים להכתיב ליועץ את העמדה שתוצג בשמם בפני בימ"ש? |
| X | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | האם היועץ מנוע מלהשיב לפניית גורם שאיננו ממשלתי? |
| X | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ | האם היועמ"ש מנוע מליזום חו"ד בהיעדר פנייה ממשלתית? |



הכנסת

ועדת החוקה, חוק ומשפט

5. סיכום ולקראת פתרונות

מעמדן של סמכויות הייעוץ והייצוג של היועמ"ש בשיטת המשפט בישראל דורש התייחסות מקיפה ויסודית של הכנסת, שעד עתה לא נעשתה. ראשית, יש צורך במילוי החסר והשתיקה של החוק בסוגיה באשר למעמדה של חוות-דעת היועמ"ש ומונופול הייצוג. שנית, יש צורך בפתרון הבעיות שמצב הדין הקיים יוצר עבור העקרונות הייצוגיים וההליכיים של שיטת המשטר הדמוקרטית, ובראשם העיקרון שלפיו על נבחרי הציבור לקבל את יומם בבית המשפט. בכלל זאת, יש לשקול את חסרונותיו של המצב הקיים כנגד יתרונותיו, ולנסח פתרון שייתן מענה מיטבי לשיקולים השונים.

נערך על-ידי עו"ד שמעון נטף, יועץ מקצועי ליו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט